



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Contratación Pública Ecológica

Autora

Isabel Mur Morollón

Directora

Prof. Dra. Carmen de Guerrero Manso

Facultad de Derecho
2018

Índice

<i>Listado de abreviaturas utilizadas</i>	2
<i>Introducción</i>	3
<i>1. Grandes hitos en contratación pública verde</i>	5
<i>2. Criterios medioambientales en el proceso de licitación</i>	8
2.1 Primera fase: preparación del contrato	10
2.1.1 Objeto	10
2.1.2 Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas.....	13
2.2 Segunda fase: selección del contratista	17
2.2.1 Prohibiciones para contratar.....	18
2.2.2 Criterios de selección: solvencia técnica ambiental del contratista	20
2.3 Tercera fase: adjudicación del contrato	22
2.3.1 Criterios de adjudicación	22
2.4 Cuarta fase: ejecución del contrato	27
<i>3. Conclusión</i>	<i>30</i>
<i>Bibliografía</i>	<i>32</i>

Listado de abreviaturas utilizadas

COM - Comunicación

LCSP - Ley de Contratos del Sector Público

STJUE - Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Pp – Páginas

Nº - Número

Introducción

El presente trabajo analiza las diversas posibilidades de introducir aspectos ecológicos en la contratación pública.

Elegí este tema por mi interés en el derecho administrativo y, más específicamente, por la contratación pública. Considero interesante el estudio de su influencia en el medioambiente, ya que es una herramienta muy adecuada para relacionar la adquisición de obras, bienes o servicios con la protección del medio ambiente, de manera que se consigue luchar por un objetivo común: mejorar nuestro planeta.

La contratación pública ha adquirido importancia con el paso de los años y, en mi opinión, uno de los motivos de este cambio es una mayor concienciación de la sociedad por un medioambiente mejor. A raíz de fenómenos como el cambio climático o el efecto invernadero, los ciudadanos se han involucrado más en la defensa y mejora del medio ambiente. En consecuencia, acciones como reciclar o ahorrar agua han pasado a tener un papel fundamental en la vida de una gran parte de los ciudadanos.

La Administración pública no ha sido ajena a este cambio de mentalidad y de forma de actuar, sino que cada vez adopta más y mejores medidas para lograr el objetivo común de la conservación del medio ambiente. Como decimos, el uso de la contratación pública es una de las herramientas que utiliza para conseguir dicho objetivo, parcialmente voluntario y en parte por obligación impuesta desde las Instituciones Europeas. Una de sus actuaciones esenciales ha consistido en introducir aspectos medioambientales a lo largo de las fases que comprenden el proceso de licitación, aspecto sobre el que versará el presente trabajo.

Al igual que SANZ RUBIALES (2018: 52), considero que la contratación pública es un instrumento eficaz para la consecución de objetivos ambientales y sociales. No se trata de un fin en si mismo sino de una herramienta en manos de la Administración para llevar a cabo un cambio en el modelo productivo mediante la imposición de nuevas prácticas que ayudan a mejorar no solo el medio ambiente sino también los derechos sociales.

Y, como señala GIMENO FELIU (2013: 45), los poderes públicos que manejan presupuestos inmensos y que tienen una enorme capacidad de influir y de transformar la sociedad, deben canalizar los fondos públicos hacia objetivos estratégicos

Además, la actuación de la Administración sirve como ejemplo para las empresas privadas, puesto que las estimula para que libremente cambien sus métodos de producción por unos más ecológicos, y así participen en su proceso de licitación, en el que se introducen conceptos como contratación ecológica, ética, social y sostenible

En cuanto a la metodología utilizada para la elaboración del siguiente trabajo me he basado en la lectura de libros y trabajos jurídicos relacionados con la materia, los cuales me han proporcionado una información básica y fundamental para el desarrollo del presente texto.

Al mismo tiempo, un elemento clave ha sido el empleo de normativa vigente elaborada por la Comisión Europea, por ejemplo, la Directiva 2014/24 sobre contratación pública o documentos no vinculantes tales como el Manual de Adquisiciones ecológicas de la Unión Europea.

Pero no solo he hecho uso de la legislación de la Unión Europea sino también de la legislación estatal, leyes de contratos, en especial la nueva ley de contratos 9/2017 en la cual se regula el proceso de licitación del contrato. Gracias a ella, he podido analizar la transposición del derecho europeo al español.

Por último, me he apoyado en artículos de opinión de autores reconocidos y documentos de trabajo elaborados por las Administraciones públicas para que sirvan de guía a los poderes adjudicadores, los cuales han sido muy útiles para comprender mejor las distintas facetas de la contratación pública y su evolución hacia una contratación verde, social y sostenible.

1. Grandes hitos en contratación pública verde

La historia de las directivas sobre contratación pública ecológica comienza en la década de los años 90 cuando por primera vez la Unión Europea hizo referencia a aspectos ambientales en sus documentos oficiales.

Un ejemplo de ello es el Libro Verde «*La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*». Se trata de una comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996. Señala GÓMEZ RUIZ (2015: 43) que consiste en un acto atípico y jurídicamente no vinculante en el que se reconoce la capacidad de la consecución de objetivos ambientales y sociales por medio de la contratación pública.

La Comisión Europea era consciente de la importancia e incidencia que la contratación pública tenía y sigue teniendo sobre otras políticas comunitarias, por ello, quiso orientar a los poderes adjudicadores en el proceso de inclusión de aspectos ambientales y ecológicos en la contratación pública.

Con el Libro Verde, la Comisión Europea quería incentivar un debate en el que se propusieran soluciones y mejoras para los problemas planteados sobre los mercados, además de tratar dos temas importantes como eran; la incorporación de las directivas de contratación pública por los Estados miembros de forma parcial e incompleta y el débil impacto económico de la política de contratación.

En el debate que promovió el Libro Verde quedó constatada la necesidad de simplificar el marco jurídico existente y sus procedimientos. Para cumplir con ello, la Comisión Europea aprobó en 1998 la Comunicación «La contratación pública en la Unión Europea».

Un año más tarde, en 1999 y tras la reunión del Consejo Europeo celebrada en Helsinki se aprobó la Comunicación de la Comisión sobre estrategia de desarrollo sostenible.

A raíz del mencionado documento orientativo, surgió la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre legislación de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública COM (2001). Su objetivo era el de estudiar y exponer las posibilidades que ofrecía el marco jurídico para integrar aspectos ambientales e incluir nuevas posibilidades con la ayuda del legislador. A lo largo de la Comunicación se llevaba a cabo un análisis de las posibilidades de integrar estos aspectos durante el proceso de elaboración del contrato. Por ejemplo, en la elección del objeto en contratos de obras, los poderes adjudicadores tienen la

posibilidad de comunicar una serie de instrucciones a los arquitectos e ingenieros encargados de la construcción de un edificio administrativo para que consuma poca energía o se usen materiales poco contaminantes.

En el mismo año también se publicó la Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos sociales en la contratación pública COM (2001). Seguía el mismo modelo de redacción que la Comunicación anterior, en ella también se explicaba las posibilidades de integrar aspectos sociales a lo largo de las fases del contrato.

Con ambas comunicaciones se logró una verdadera instrumentalización de la contratación pública con la que se quiso alcanzar los objetivos ambientales y sociales que ambas albergaban y contribuir así al desarrollo sostenible.

Como consecuencia, en España, las novedades que incorporaban ambas comunicaciones por incluir aspectos sociales y ambientales fueron duramente criticadas. Ejemplo de ello es el «Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España». De él se desprende una insatisfacción frente a la decisión de la Unión Europea de introducir estos aspectos en la contratación pública, ya que el gobierno contaba con alternativas para lograr estos objetivos, como beneficios fiscales, ayudas y subvenciones.

Otra parte de la doctrina también criticó la actuación de la Unión por considerar que los aspectos sociales y ambientales eran ajenos a la contratación pública y que ambas materias no debían ser mezcladas.

Sin embargo, LOBO RODRIGO (2016: 78) considera que con el paso de los años y tras las consecuencias que trajo consigo la crisis económica, estas opiniones perdieron importancia y quedaron desfasadas.

Tras las Comunicaciones de 2001 y la creación de un Grupo de Estudio sobre la contratación sostenible en Marrakech, se creó la Comunicación de 2008 sobre Contratación pública para un medio ambiente mejor. Su objetivo era el de fomentar la contratación pública ecológica para proteger el medio ambiente y aumentar la proporción de contratos públicos ecológicos celebrados. Algunos Estados miembros pioneros en la contratación pública verde decidieron fijarse una serie de objetivos, por ejemplo, los Países Bajos se propusieron alcanzar el 100% de contratos públicos ecológicos o Francia se comprometió a renovar el 20% del parque móvil del Gobierno central con vehículos no contaminantes. Entre los Estados comprometidos encontramos

más países como Austria o Reino Unido, sin embargo, España no se encuentra entre ellos.

Dos años más tarde del comienzo de la crisis económica, en 2010, la Unión Europea quiso reforzarse, buscaba marcar un nuevo comienzo y de este deseo nació la Comunicación «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» cuyo propósito era el de conseguir un futuro más sostenible con más empleo y un nivel de vida mejor.

Dicha estrategia tiene como prioridad alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, para ello, la Comisión busca alcanzar unos objetivos muy diversos pero relacionados entre sí. Por ejemplo, reducir hasta un 30% las emisiones contaminantes. No todos los objetivos recogidos son de materia ambiental, sino que también nos encontramos con aspectos sociales, como reducir el porcentaje de abandono escolar a una cifra inferior al 10%.

El impulso definitivo para la inclusión de los aspectos ambientales en la contratación administrativa fue gracias a la aprobación de las Directivas 2004/18 y 2004/17. Ambas Directivas se trasladaron al derecho español y se aprobó la ley de Contratos del Sector Público 30/2007, posteriormente refundida en Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Años más tarde, entramos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública, formada por las Directivas 2014/24 y 2014/25. A lo largo del trabajo nos centraremos en la explicación de la primera directiva por tratar materia ambiental, no por ello queremos restar importancia al texto 2014/25.

En el considerando segundo de la Directiva 2014/24 observamos como el Parlamento Europeo considera que la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia 2020. La contratación es considerada como un instrumento basado en el mercado que debe utilizarse para alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Con la nueva Directiva se pretende modernizar la normativa a fin de incrementar la eficiencia del gasto público.

Este nuevo modelo de contratación pública debe entenderse sin menoscabar las garantías y principios generales en los que se basa, tales como la transparencia, la igualdad de trato, etc.

En opinión de ALONSO GARCÍA (2018: 2762), catedrática en derecho administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha, con la nueva Directiva se ha producido un giro en la contratación pública extraordinario. Desde su comienzo con

pequeñas referencias y recomendaciones a las autoridades hasta la situación actual, en la cual se han creado mecanismos suficientes con los que se aspira a un futuro en el que todos los contratos que celebre el sector público sean sostenibles y utilicen las tecnologías mas innovadoras.

Con la nueva Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) se llevó a cabo la incorporación de las Directivas anteriormente mencionadas.

En su Exposición de Motivos, la Ley establece la contratación como «uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso mayor racionalidad económica de los fondos públicos» necesario «para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo...».

Es muy importante destacar el documento indicativo no vinculante denominado «Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica» elaborado por la Comisión Europea en 2016. Su función es la de explicar como comprar de forma ecológica y, además, analiza cada una de las etapas del proceso de contratación, de forma que los estados miembros puedan seguir estas pautas.

Por último, mencionar el Real Decreto por el medio del cual se creo el 12 de enero de 2018 la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública. La Comisión, según su artículo 2, tiene como fin garantizar la coordinación de la Administración General del Estado, sus Organismos Públicos y Entidades Gestoras de la Seguridad Social en la incorporación y uso de criterios ecológicos en la contratación pública.

La vigencia del Plan de Contratación Pública de 2008 ha finalizado y ahora le corresponde a la Comisión, según su artículo 4, elaborar un nuevo Plan en el que se determinaran los productos, obras y servicios en los que la Administración va a promover un consumo público que tenga en cuenta parámetros ambientales y criterios ecológicos en las distintas fases de contratación.

2. Criterios medioambientales en el proceso de licitación

La contratación pública verde, según la definición de la Comisión Europea:

«Es un proceso por el cual las autoridades tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto ambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otras mercancías, obras y servicios que cumplen la misma función que los anteriores pero que tienen un impacto ambiental mayor.»

La contratación pública ecológica no se trata de una técnica de protección ambiental sino de un medio con el que cuenta la Administración Pública para proveerse de bienes y servicios. Sin embargo, el uso de la contratación para mejorar el medio ambiente se ha visto potenciado en los últimos años por el derecho europeo con disposiciones como las explicadas en el primer apartado, por ejemplo, la «Estrategia 2020» o las Directivas de contratos de 2014.

El autor SANZ RUBIALES (2018:53-54) establece que el aprovechamiento de la contratación pública para conseguir un desarrollo sostenible responde al principio de protección ambiental.

Este principio viene recogido en los artículos 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De ambos se desprende la obligación de introducir en las políticas y actuaciones europeas la protección y mejora del medioambiente y el desarrollo sostenible.

A su vez, el principio de protección del medioambiente confirmó la viabilidad de las cláusulas ambientales en la contratación pública.

Al mismo tiempo, los contratos públicos constituyen una medida de fomento y estímulo de la actuación privada, esto se debe a que la Administración promueve con la contratación verde que las empresas privadas cumplan con determinados requisitos para poder litigar. Un ejemplo de requisito sería incluir el cumplimiento de la normativa ambiental.

Por tanto, concluimos que los contratos constituyen una medida de protección del medio ambiente y de fomento para las empresas privadas.

A continuación, cabe plantearse la cuestión de cuales son los contratos que se pueden formular en términos de sostenibilidad. La amplitud con la que nuestra legislación nos permite crear contratos con parámetros ecológicos permite afirmar que cualquier contrato podrá ser ecológicos. Nuestra respuesta esta respaldada por el Plan de

Acción estatal del año 2008 del cual se desprende que todos los contratos son susceptibles de realizarse conforme a parámetros ecológicos.

Sin embargo, el Plan de Acción estatal considera como prioritarios ocho tipos de contratos que son construcción y mantenimiento, transporte, energía, equipos de oficinas, papel y publicaciones, mobiliario, limpieza y eventos.

En el Plan de Contratación pública ecológica de la Administración General del Estado de 2018 establece una lista más detallada y concreta de contratos que, a los efectos del plan, son prioritarios. Algunos ejemplos de ellos son los de iluminación interior de edificios, alumbrado público exterior, papel para copias y papel gráfico, etc.

En el II Informe General sobre «el estado de la contratación pública en la Administración General del Estado, sus organismos públicos y las entidades gestoras de la seguridad social», publicado en el año 2015, se lleva a cabo un análisis del grado de implantación de prácticas respetuosas con el medio ambiente.

Por ejemplo, en el contrato de construcción la implantación de recogida separada de residuos es total o la incorporación de criterios de eficiencia energética en el contrato de mensajería o paquetería, incluidos dentro de la categoría de transportes, es moderada.

El poder adjudicador cuenta con la posibilidad de incluir aspectos ecológicos a lo largo de las cuatro fases de elaboración del contrato. Procederemos a explicar cada una de ellas de forma más amplia, deteniéndonos en aquellos aspectos puramente ecológicos.

2.1 Primera fase: preparación del contrato

La primera etapa es la de preparación del contrato. Durante esta fase, el poder adjudicador lleva a cabo la formación del expediente hasta su final aprobación. En este punto de la elaboración del contrato, la Administración contratante cuenta con un gran margen de libertad y una gran amplitud de posibilidades para incluir aspectos ambientales en el pliego, que determinará todo el contrato. Así, en esta fase se va a determinar el objeto del contrato y se establecerán las especificaciones técnicas y las cláusulas administrativas que regirán todo el proceso de contratación y la posterior ejecución del contrato.

2.1.1 Objeto

Como ya hemos explicado con anterioridad, durante la primera fase del contrato la Administración se encarga de determinar su objeto, es decir, tiene que decidir qué quiere contratar.

Antes de comenzar el desarrollo de esta fase vamos a introducir la definición que da la Comisión Europea en su «Guía para considerar aspectos sociales en la contratación pública», según la cual, este es el producto, servicio o trabajo que el poder adjudicador desea obtener de una empresa.

Esta decisión es de gran importancia puesto que este es el momento que ofrece mayores posibilidades para integrar aspectos medioambientales y sociales. Además, el objeto del contrato va a determinar las fases posteriores de adjudicación y ejecución, las cuales deben ser elaboradas conforme a la primera etapa.

El hecho de que las fases posteriores estén determinadas por el objeto tiene su explicación en el requisito de vinculación del objeto del contrato. En base a este requisito las especificaciones y criterios no se van a sobrepasar del objeto del contrato, sino que se tendrán que adaptar a él.

A su vez, el derecho a elegir el objeto del contrato de la Administración tiene que atender a los principios de no discriminación, libre circulación de mercancías y libertad de prestación de servicios. Un ejemplo en la práctica es el de la obligación de definir el contrato de manera que se garantice el acceso a la licitación a empresas procedentes de otros estados miembros de la Unión Europea o de países con derechos equivalentes.

La legislación de materia contractual no se encarga de restringir el qué va a adquirir la Administración, cuál es el servicio, obra o producto que desea adquirir. Sino que se va a interesar por el cómo, es decir, por la manera en la que adquieren. Por este motivo, las Directivas no restringen el objeto del contrato como tal.

Es importante tener en consideración las recomendaciones que la Comisión Europea hace en su Manual de Adquisiciones Ecológicas respecto a la elección del objeto del contrato. En primer lugar, llevar a cabo una evaluación de las necesidades reales, en segundo lugar, identificar los principales efectos medioambientales y por último elegir un título ecológico para el contrato.

En esta línea, GÓMEZ RUIZ (2016: 19) señala que la elección de un título ecológico para el contrato facilita a los licitadores la rápida identificación de lo que se desea y transmite el mensaje de que el comportamiento medioambiental del producto o servicio será una parte importante del contrato. Dos ejemplos de ello serían el contrato

«Servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente de los espacios exteriores en el recinto Escola Industrial» (Diputación de Barcelona), o el «Acuerdo Marco para el suministro de material de oficina con un único empresario por lotes mediante procedimiento abierto en términos de sostenibilidad ambiental y fomento de género» (Ayuntamiento de Getxo).

Según las palabras de PERNAS GARCÍA (2011: 67), un paso crucial antes de comenzar el proceso de licitación es llevar a cabo un análisis de mercados. Consiste en realizar una evaluación de las necesidades reales, teniendo en cuenta el impacto que el contrato podría tener sobre el medio ambiente. Este supone un momento clave para ecologizar.

La Comisión Europea considera que en ocasiones el poder adjudicador se va a encontrar en una situación en la que no disponga de toda la información necesaria para llevar a cabo un buen análisis de mercados. La razón de ello es que se trata de una fase muy temprana del contrato y, por tanto, todavía no se cuenta con todos los datos necesarios. No por ello la evaluación previa carece de valor, ya que puede identificar posibles soluciones que permitan reducir el impacto medioambiental.

La consulta preliminar está prevista en el artículo 40 de la Directiva 2014/24 y el artículo 115 de la LCSP. Los dos textos establecen la posibilidad que tienen los poderes adjudicadores de realizar con carácter previo a la preparación del pliego, un análisis del mercado o llevar a cabo consultas a los operadores con vistas a preparar una posible licitación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y futuros requisitos.

Continuando con la lectura de ambos artículos, en su apartado segundo encontramos como la Administración contratante, para llevar a cabo la tarea de consultas preliminares de mercado, puede contar con la ayuda de expertos o autoridades independientes que se encarguen de buscar alternativas menos dañinas para el medio ambiente.

Para llevar a cabo la tarea de consultas preliminares de mercado, la Administración contratante puede solicitar la ayuda de expertos o autoridades independientes que se encarguen de buscar alternativas menos dañinas para el medio ambiente.

Como resultado de un buen análisis del mercado, la Comisión Europea establece que se pueden revelar alternativas más ecológicas, como reducción del volumen de lo que se quiere adquirir, que se establezcan alternativas menos dañinas para el medio

ambiente o incluso se decida no adquirir nada y reutilizar lo que ya se tiene. Por ejemplo, se puede optar por el uso de productos reutilizados o reciclados, en lugar de adquirir unos nuevos.

PERNAS GARCÍA (2011: 67) especifica en su libro contratación publica ecológica que una vez finalizada la evaluación de las necesidades, el poder adjudicador podrá determinar el objeto del contrato de una manera más ecológica o, por ejemplo, podrá concluir que la celebración del contrato es innecesaria puesto que la administración podría reutilizar los bienes de los que ya dispone.

2.1.2 Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas

Una vez realizado el análisis de mercado y definido el objeto, el artículo 116 de la LCSP establece una serie de requisitos para celebrar el contrato. En primer lugar, el poder adjudicador tiene que elaborar el correspondiente expediente en el que deberá motivar la necesidad del contrato. Además, en este expediente, se deberá incorporar el pliego con las cláusulas administrativas y las prescripciones técnicas, las cuales se van a encargar de regir el contrato.

Las especificaciones técnicas se refieren a determinados aspectos del contrato como características de las obras, servicio o suministro que se vaya a contratar, y no a las capacidades y aptitudes del licitador, para esto último el poder adjudicador ya cuenta con las condiciones de contratar que explicaremos durante la segunda fase del contrato.

La importancia de una correcta, completa y acertada redacción de los pliegos del contrato es evidente, ya que en ellos se contendrán la totalidad de las cláusulas administrativas y prescripciones técnicas que van a regir el contrato, además de los derechos y obligaciones de las partes. Dicha importancia se plasma en la forma habitual de referirse a los pliegos como «la ley del contrato».

Los pliegos se componen de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas que seguidamente vamos a desarrollar.

Los pliegos de cláusulas administrativas se pueden clasificar en dos tipos, generales y particulares: las primeras son de carácter potestativo y se encargan de definir de forma genérica las condiciones del contrato; mientras que las segundas, son obligatorias y concretan las condiciones por las que se va a regir el contrato.¹

¹ Guía jurídica Wolters Kluwer. Disponible en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

LOBO RODRIGO (2016: 82) explica que la función que desempeñan ambas es la de determinar el objeto del contrato con mayor precisión, por tanto, van a incluir condiciones de carácter social y ambiental exigibles al producto, servicio u obra demandado.

Dentro de las cláusulas administrativas particulares, el artículo 45 de la Directiva 2014/24 prevé la posibilidad de incluir variantes o mejoras en el contrato. Las variantes son una forma de introducir mayor flexibilidad en las especificaciones técnicas, lo cual permite a los licitadores proponer una solución más respetuosa con el medio ambiente.

La Comisión Europea en su Manual de Adquisiciones Ecológicas ofrece un ejemplo que es el siguiente; el poder adjudicador podría especificar en un contrato el uso de vehículos que utilicen gasolina o gasoil, pero como variante se permite a los licitadores que presenten vehículos propulsados por métodos alternativos como serían los coches eléctricos o híbridos.

La Comisión Europea considera que las variantes son útiles cuando no están seguros de los costes o los efectos de un producto o servicio alternativo. Por ejemplo, si en un contrato de obras la introducción de normas alternativas de aislamiento podría retrasar la fecha de la finalización de la construcción.

Para que las variantes formen parte de las cláusulas administrativas particulares, el artículo 45 de la Directiva debe cumplir con tres requisitos. El primero consiste en indicar en el anuncio de licitación que se aceptarán variantes, el segundo es especificar los requisitos mínimos que las variantes deben cumplir y, por último, se deben enumerar los requisitos específicos para la presentación de variantes en las ofertas.

Por otro lado, explicaremos el pliego de condiciones técnicas. Tanto la Directiva 2014/24 en su anexo VII como la LCSP en su artículo 125 definen las especificaciones técnicas según el tipo de contrato del que se trate. De forma que, cuando el contrato sea de obras, se entenderá por especificaciones técnicas a los pliegos de contratación en los que se definan las características requeridas de un material, producto o suministro. Y cuando se trate de un contrato de suministro o servicios se entenderá por prescripción técnica a aquella especificación que figure en un documento en el que se definan las características exigidas de un producto o servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades, etc.

Según la Comisión Europea, las prescripciones técnicas tienen dos funciones que son; en primer lugar, describir el objeto del contrato, de tal manera que las empresas

puedan decidir si les interesa o no contratar, y, en segundo lugar, ofrecer unos requisitos cuantificables con los que evaluar la oferta, de tal manera que, si las ofertas que se realizan no los cumplen podrán ser rechazadas.

El artículo 126 se encarga de fijar las reglas que los poderes adjudicadores deben seguir para el establecimiento de las prescripciones técnicas. La definición de las prescripciones técnicas se podrá referir al método específico de producción del servicio u obra que se quiere contratar, o a un proceso específico de otra fase del ciclo de vida. Los métodos de producción están referidos al proceso de elaboración de los productos, por ejemplo, las sustancias que deben o no contener los alimentos elaborados orgánicamente.²

PERNAS GARCÍA (2011:71) establece que cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se tendrán que definir utilizando criterios de sostenibilidad y protección ambiental. Este hecho supone un mandato directo al órgano de contratación para que incluya aspectos ecológicos. Dicha circunstancia será apreciable por el órgano de contratación, el cual deberá contar con la información ambiental necesaria, de ahí la importancia de la existencia de vías de comunicación y colaboración con las autoridades ambientales.

Por último, el apartado quinto del artículo 126 establece cuatro maneras posibles y alternativas de formular las prescripciones técnicas. Destacamos la que establece que se podrán desarrollar en términos de rendimiento o exigencias funcionales entre las que se incluyen las características medioambientales. ALONSO GARCÍA (2018: 2777) nos proporciona el siguiente ejemplo, el mantenimiento de un edificio a una determinada temperatura se puede hacer estableciendo unas especificaciones muy detalladas en cuanto al sistema de refrigeración. En su opinión, este sistema permite al licitador ofrecer más innovación y mejores soluciones técnicas.

La segunda fórmula del artículo 126.5 establece que se podrá hacer llamamiento a normas y sistemas de referencia técnica, muchos de los cuales incorporan características medioambientales de productos y servicios, como, por ejemplo, la utilización de materiales, consumo de agua y energía, etc.

Es muy importante destacar el uso de etiquetas ecológicas dentro de los pliegos de prescripciones técnicas. Estas se podrán incluir cuando el contrato tenga como objeto obtener obras, servicios o productos con características medioambientales.

² Compras verdes. Compra y contratación pública en Aragón, página 24. Departamento de Medio Ambiente, Gobierno de Aragón. Año 2009.

Según el artículo 127, una etiqueta ecológica es:

«Cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplan con los requisitos»

No obstante, consideramos que dicha definición es demasiado genérica, por lo que, con carácter complementario, hemos optado por utilizar la que la Generalitat de Cataluña aporta en su página oficial. Según dicha definición, la etiqueta ecológica es un identificativo cuya finalidad es la de asegurar que los productos o servicios que la portan cumplen con los requisitos medioambientales.

De la definición se desprende que la función primordial a la que atienden es la de servir como medio de prueba para que el órgano contratante pueda comprobar que los licitadores cuentan con las especificaciones técnicas exigidas.

La inclusión de las etiquetas ecológicas en el pliego de prescripciones técnicas supone una novedad introducida con la Directiva 2014/24 en su artículo 43. MIRANZO DÍAZ (2017: 16) nos explica que hasta el año 2014, la Comisión Europea consideraba que no se podía exigir a las empresas el cumplimiento de todos los requisitos que comprenden las etiquetas ecológicas, ni poseer un determinado sistema ecológico por considerarlo una injerencia contra el principio de no discriminación. Debido a esta regla, el órgano contratante tenía que redactar las exigencias ambientales en los pliegos, requiriendo lo mismo que podía solicitar una etiqueta ecológica y convirtiendo esta norma que carecía de razón de ser. Esta situación generó una gran cantidad de jurisprudencia.³ Por esta razón el legislador europeo tomó la acertada decisión de modificar el artículo 43.1, aceptando el uso directo de las ecoetiquetas y permitiendo a las autoridades de contratación requerir una etiqueta determinada como método de prueba de las obras, bienes o servicios corresponden con unas determinadas características, siempre y cuando se cumplan unas condiciones que explicaré a continuación.

La exigencia de etiquetas ecológicas no es una potestad discrecional o incondicionada del órgano de contratación, sino que para poder exigirla en un contrato deberán cumplir una serie de requisitos establecidos en la Directiva 2014/24. Veamos cuales son.

³ Véase STJUE de 10 de mayo 2012 (Asunto C-368/10, Comisión Europea/Reino de los Países Bajos)

En primer lugar, cuando se exija una etiqueta ecológica, los requisitos que la acompañen deberán estar vinculados al objeto del contrato y estos tienen que ser los adecuados para poder definir las características de las obras, suministros o servicios objeto del contrato.

En segundo lugar, los requisitos antes mencionados deben usar criterios verificables objetivamente y que no sean discriminatorios.

En tercer lugar, deben ser adoptadas conforme a un proceso abierto y transparente, de modo que cualquier parte del contrato si lo desea puede participar, por ejemplo, los consumidores, los fabricantes, interlocutores sociales, los distribuidores u organizaciones no gubernamentales.

Otra de las exigencias establecidas en la Directiva es que las etiquetas deberán ser accesibles para todas las partes interesadas

Por último, los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta tienen que haber sido fijados por un tercero sobre el cual el empresario no pueda ejercer ninguna influencia.

Junto a estos cinco requisitos aportados por la Directiva, la nueva Ley 9/2017 aporta un requisito nuevo en su artículo 127, el cual establece que las etiquetas no pueden suponer una restricción a la innovación.

En el caso de que una etiqueta contuviese un criterio ambiental que no está estrictamente relacionado con el objeto del contrato, esta etiqueta ya no podría ser exigible por el órgano contratante, en cambio sí que podrán hacer referencia dentro de las especificaciones técnicas a criterios de la etiqueta, así queda establecido en el artículo 127.2.

2.2 Segunda fase: selección del contratista

Una vez determinado el objeto del contrato, habiendo realizado de manera previa un análisis del mercado y tras redactar los pliegos del contrato, se procede a la siguiente fase, la de selección del contratista.

En esta etapa el poder adjudicador establece los requisitos y las prohibiciones para poder contratar con la administración, de manera que los poderes adjudicadores puedan determinar con ciertas garantías si los operadores económicos que concurren en la licitación tienen los requisitos mínimos de aptitud y capacidad para ejecutar el contrato correctamente.

Como decimos, los criterios de selección tienen como finalidad determinar la capacidad de una empresa para realizar un contrato. De esta manera y en relación a la materia que nos ocupa, protección del medio ambiente, se podría exigir a los licitadores que dispongan de la capacidad adecuada para implantar medidas de gestión medioambiental, aspecto que deberán acreditar documentalmente en el supuesto de resultar adjudicatarios del contrato, o se podrá excluir del contrato a aquellas empresas que hayan incumplido normativas medioambientales, entre otras posibilidades.

A continuación, procederé a explicar, en qué consisten las prohibiciones para contratar y cómo se han implantado en la nueva Ley de contratos.

2.2.1 Prohibiciones para contratar

Las prohibiciones para contratar son aquellas circunstancias por las que el órgano de contratación debe decidir no contratar con una empresa excluyéndola del proceso. Esta prohibición es de implantación obligatoria, de manera que no existe la posibilidad de contratar con una empresa que cumpla con alguna de estas circunstancias.

La prohibición de contratar aparece recogida en el artículo 57 de la Directiva 2014/24 y la trasposición de este artículo al ordenamiento jurídico español se lleva a cabo por medio del artículo 71 de la nueva Ley de contratos. Gracias este nuevo artículo se produce un avance con respecto a la ley anterior. En el artículo 71 (antiguo artículo 60) se ofrece una lista más extensa de razones por las que la Administración no puede contratar con un operador económico. Entre las prohibiciones encontramos situaciones muy diversas, pero nos vamos a centrar en la explicación de las razones ecológicas por las cuales no se puede contratar.

El apartado primero del artículo 71 prohíbe contratar con aquellos operadores que hayan sido condenados por sentencia firme por *«un delito relativo a la ordenación del territorio y urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente.»*

ALONSO GARCÍA (2018: 2786) nos aclara que no es necesario que concurren todos los delitos de forma acumulativa, sino que es suficiente con la declaración de uno solo de ellos, de tal manera que se deberá excluir del proceso a aquellos candidatos que cumplan con dicha circunstancia.

A continuación, el segundo apartado del artículo 71 prohíbe contratar con quien haya sido sancionado con carácter firme *«por infracción muy grave en materia medioambiental con conformidad con lo establecido en la normativa vigente»*.

Un motivo de prohibición que no viene recogida en el artículo 71 LCSP, pero si en la Directiva 2014/24 es la de excluir a las empresas por haber violado convenios internacionales de medio ambiente como el Convenio de Viena sobre protección de la capa de ozono, el Convenio de Basilea sobre residuos peligrosos, el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes o el Convenio de Rotterdam sobre plaguicidas y sustancias tóxicas.

La Comisión Europea proporciona el siguiente ejemplo de prohibición, si una empresa cuya finalidad es la de eliminación de residuos, los ha vertido de forma ilegal quedara excluida del proceso.

Como novedad en la LCSP se permite a los operadores que hayan sido excluidos del proceso la posibilidad de presentar pruebas que los exculpen y demostrar así su fiabilidad. Sin embargo, esta nueva posibilidad no se abre a todas las prohibiciones, ya que aquellas empresas que hayan sido condenadas por sentencia firme no podrán acreditar ninguna prueba que les exculpe. En los demás supuestos de prohibición, los operadores podrán aportar pruebas y el poder adjudicador es el encargado de llevar a cabo su valoración y considerara las circunstancias y gravedad del hecho. Cuando las pruebas aportadas sean consideradas insuficientes, el operador económico tendrá la obligación de escribir una respuesta en la que motiva la razón por las que considera insuficientes las pruebas.

Con esta nueva posibilidad, LOBO RODRIGO (2016: 91) opina que el sistema se flexibiliza de forma que los poderes adjudicadores pueden caer en la arbitrariedad. Con ello se desvirtúa un marco jurídico en el que se busca forzar a los operadores económicos al cumplimiento de las normas básicas, castigando a aquellas que la incumplen y premiando a las que lo respetan.

ALONSO GARCÍA (2018: 2804) considera que la nueva regulación sobre contratos podría haber sido más ambiciosa con ciertas cuestiones como haber eximido de la exigencia de sentencia firme por delito contra el medio ambiente o de la calificación de muy grave en el caso de infracciones administrativas para apreciar la prohibición de contratar.

2.2.2 Criterios de selección: solvencia técnica ambiental del contratista

Una vez se ha comprobado que los licitadores no incurren en ninguna prohibición para contratar, el órgano contratante tendrá que examinar que cumplen con los criterios de selección. Los criterios de selección, según la Comisión europea, son aquellos requisitos que se centran en el perfil subjetivo de la empresa, lo que supone que se va a evaluar la capacidad de un operador económico para ejecutar el contrato respecto al cual se está licitando. Cuando se esté evaluando la capacidad de los aspirantes se podrá tener en cuenta la experiencia y competencias específicas en relación con aspectos ambientales del objeto del contrato.

Según las palabras de LOBO GARCÍA (2016: 95) la definición que haga el poder adjudicador de los requisitos de participación es fundamental ya que va a determinar las exigencias posteriores que tienen que cumplir los operadores económicos. Además, los criterios de selección deben formularse atendiendo en todo momento a los principios fundamentales del derecho europeo que son; el libre acceso a las licitaciones, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

Es de gran importancia hacer la distinción entre los criterios de adjudicación y los de selección. Se trata de dos momentos diferentes del procedimiento. Por un lado, los criterios de selección se encargan de comprobar que los aspirantes cumplen con los requisitos de participación y, por otro lado, los criterios de adjudicación se encargan de valorar las ofertas e identificar la más conveniente para el contrato. Ambos cumplen con funciones diferentes e independientes. A este respecto encontramos una amplia jurisprudencia con sentencias del TSJUE, como la de 20 de septiembre de 1998 del caso Beentjes o la sentencia de 18 de octubre de 2001 de SIAC Construction y Concordian Bus Finland que avalan la aplicación de estos criterios medioambientales frente a la simple aplicación de los criterios económicos.

A continuación, explicaré la sentencia de 17 de octubre de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea. Versa sobre un contrato público para el mantenimiento, soporte y desarrollo de aplicaciones informáticas promovido por el Tribunal de Justicia. Una de las causas de impugnación se basaba en que se había producido una confusión entre los criterios de selección y adjudicación. Durante la fase de selección el Tribunal había requerido a los posibles licitadores la presentación del curriculum vitae de sus empleados para comprobar que estos cumplieran con los requisitos mínimos de experiencia técnica. Posteriormente, en la fase de adjudicación se evaluó de nuevo los

curriculum vitae, pero en esta ocasión, se valoró la habilidad, experiencia, organización y capacitación del equipo propuesto.

El Tribunal marcó las diferencias entre criterios de selección y adjudicación al afirmar que en los criterios de adjudicación no se pueden usar criterios como la capacidad para formar un equipo solvente. Sin embargo, un criterio que evalúa las habilidades técnicas y experiencia del equipo técnico propuesto para la ejecución del contrato puede constituir un elemento válido para ponderar el resultado obtenido de la aplicación de un criterio de adjudicación. Finalmente, el Tribunal consideró que, aunque los curriculum vitae se habían valorado en ambas etapas, la evaluación de cada una de ellas se había hecho bajo distintas perspectivas.

Dentro de los criterios de selección encontramos la solvencia técnica ambiental, para definirla podemos acudir a la definición que aporta ALONSO GARCÍA (2018: 2787) y dice así:

«Es el conjunto de requisitos de idoneidad que debe poseer todo contratista para atender de forma adecuada las imposiciones y exigencias que requiere la ejecución de un contrato»

Dichos requisitos del contratista aparecen enumerados en el artículo 57 de la Directiva 2014/24 y son los siguientes: medios técnicos y humanos, experiencia previa, competencia técnica y profesional, habilidad necesaria o cualificación personal. Exigir que el operador económico cuente con dichos requisitos sirve de base para la Administración contratante, ya que le permite verificar que la empresa cuenta con las condiciones necesarias para ejecutar el contrato que se está licitando con parámetros de sostenibilidad.

En ningún caso la acreditación de la solvencia técnica puede estar relacionada con las características propias de un operador económico ya que supondría una discriminación para todos aquellos que no puedan justificar su cumplimiento.

GÓMEZ RUIZ (2015: 275) cita como opción de valorar en fase de sentencia criterios ambientales tales como estar en posesión de un sistema de Gestión Ambiental o experiencia mínima en contratos en los que haya demostrado su solvencia desde un punto de vista ambiental, siempre que tales requerimientos sean conformes al principio de proporcionalidad atendiendo a la prestación que se demanda. Así, en el campo del medioambiente puede ser criterio de selección exigir una experiencia determinada en temas medioambientales.

En cuanto a las formas de acreditar la solvencia técnica, la Exposición de Motivos de la nueva ley de contratos establece que se pueden exigir «certificados de gestión ambiental a las empresas licitadoras, como condición de buena solvencia técnica, esto es, para acreditar el buen hacer de esa empresa en el ámbito de la protección del medio ambiente».

Según la Comisión Europea, la capacidad técnica ambiental puede estar encaminada a *«reducir al mínimo la generación de residuos, evitar el vertido o la fuga de contaminantes, reducir el consumo de contaminantes, reducir el consumo de combustible o minimizar la perturbación de los hábitats naturales»*.

Una forma útil con la que cuentan la Administración contratante para comprobar que las empresas cumplen con los requisitos ambientales es mediante el registro de contratos. Con ello se investiga las experiencias anteriores de las empresas en contratos similares, en los que también se incluían requisitos ambientales y se averigua si cumplieron con ellos.

2.3 Tercera fase: adjudicación del contrato

Cuando la Administración ya ha comprobado que los licitadores no incurren en ninguna prohibición para contratar y además acreditan su solvencia técnica, podrá proceder al comienzo de la tercera fase del procedimiento. En esta etapa el poder adjudicador se encarga de evaluar la calidad de las ofertas y comparar los costes. Para decidir cual es la mejor oferta, la Comisión Europea establece que el órgano contratante debe basarse en unos criterios de adjudicación preestablecidos.

2.3.1 Criterios de adjudicación

Como acabamos de explicar, los criterios de adjudicación cumplen la función de evaluar las ofertas para que el órgano contratante pueda seleccionar la mejor oferta de entre todas las que los licitadores se han presentado.

La Comisión Europea en su Manual de Adquisiciones ecológicas establece que los criterios se deben formular conforme a unas normas básicas. En primer lugar, los criterios de adjudicación no deben conferir una libertad ilimitada, si lo hiciesen serían incompatibles con el derecho comunitario. En segundo lugar, los criterios de

adjudicación deben garantizar la posibilidad de una competencia real. Así se evita que los poderes adjudicadores puedan introducir obstáculos irreales en el mercado. Y por último, los criterios deben darse a conocer con anterioridad, deben estar preestablecidos en las cláusulas administrativas particulares, el documento descriptivo o el anuncio de licitación.

La Comisión busca evitar dar al poder adjudicador una libertad de elección incondicional, de forma que se garantice la competencia efectiva. En base a este límite, los criterios deberán ir acompañados de especificaciones que permitan comprobar la información facilitada, por ello, los criterios medioambientales deben ser mensurables, para que, en caso de duda, los licitadores puedan comprobar la información y pruebas facilitadas. Con este límite la Comisión impide que se formulen criterios de adjudicación con obstáculos artificiales del mercado

Cada criterio posee una ponderación, la cual va a determinar su influencia en la decisión final. Los criterios ambientales pueden tener valoraciones diferentes, de manera que no existe un máximo fijado como tal.

La Comisión Europea en su Manual de Adquisiciones ecológicas recomienda determinarlos en base a tres posibles criterios. El primero es según *«Cuan importantes son los objetivos ambientales del contrato»*, de manera que se compara el criterio ambiental con otros como el coste o la calidad general. En segundo lugar, se podrá acordar con base en *«La medida en la que las consideraciones ambientales se abordan en los criterios de adjudicación»*. Y por último el tercer criterio considera que *«Cuantos puntos correspondientes a la fase de adjudicación puede permitirse (el poder adjudicador) asignar, ello variara según los productos/servicios y las condiciones del mercado.»* Por ejemplo, si el precio de los productos apenas varía mientras que el impacto ambiental que tienen los productos sí que lo hace y además con una diferencia muy grande, se dará más valor a aquellos que no afecten al medio ambiente, ponderará en mayor medida el impacto ambiental.

Uno de los objetivos que inspira la contratación pública estratégica es la de mejorar la relación calidad-precio del objeto del contrato, de forma que los órganos adjudicadores valoren diversos aspectos de la oferta y no considerar solo los criterios que venían siendo más habituales.

Este objetivo aparece como novedad en la Directiva 2014/24 en su artículo 67. Gracias a ella, el órgano contratante puede basarse en otros aspectos de la oferta que no

sean únicamente su precio. Los nuevos criterios son la calidad, los rendimientos medioambientales, las condiciones sociales y la innovación.

La trasposición del artículo 67 de la Directiva al ordenamiento jurídico español se realiza con el artículo 145 LCSP. En su apartado 2. 1º se enumeran posibles criterios cualitativos que tengan integrados aspectos ambientales. Algunos de ellos son; *«la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato»*.

La tendencia actual consiste en aplicar mas de un criterio de adjudicación. El artículo 145 en su tercer apartado establece una relación de contratos en los que se debe aplicar, en todo caso, más de un criterio para la selección del contratista, entre ellos encontramos aquellos en cuya ejecución se prevea un impacto significativo en el medio ambiente.

En este modelo de contrato se valorarán criterios ambientales mensurables tales como; «el menor impacto ambiental, el ahorro y uso eficiente del agua, la energía y los materiales, el coste del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos».

La Comisión Europea en su Manual de Adquisiciones ecológicas establece que los criterios se deben formular conforme a unas normas básicas. Que consisten en no conferir una libertad ilimitada, ya que si lo hiciesen serian incompatibles con el derecho comunitario; deben garantizar la posibilidad de una competencia real. Así se evita que los poderes adjudicadores puedan introducir obstáculos irreales en el mercado y por último, los criterios deben darse a conocer con anterioridad, deben estar preestablecidos en las cláusulas administrativas particulares, el documento descriptivo o el anuncio de licitación.

Estas normas básicas también aparecen reflejadas en el artículo 145 LCSP y añaden las siguientes. En primer lugar, los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato. Significa que no serán válidos aquellos criterios de adjudicación que no estén vinculados con la prestación sino con las condiciones subjetivas del contrato de los licitadores. Por ejemplo, criterios de adjudicación que otorguen puntos extra a aquellas empresas que cuenten con una política ambiental propia. Según PERNAS GARCÍA (2011: 162) el legislador busca evitar que el principio de

igualdad se vea vulnerado por culpa de criterios ambientales. Respecto a este límite, GALLEGO CÓRCOLES (2017: 102) cita la STJUE de 4 de diciembre de 2003 Wienstrom, en ella encontramos un criterio de adjudicación que no es válido por no estar vinculado al objeto del contrato, sino que está referido a si las empresas van a suministrar electricidad a otros clientes además de la administración con la que van a contratar.

Y, en segundo lugar, el artículo 145 también establece que los criterios de adjudicación deben ser formulados de manera objetiva y con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad.

Para aquellos hipotéticos casos en los que dos ofertas queden empatadas en su valoración, la nueva Ley de contratos ofrece una solución, los criterios de desempate. Estos criterios aparecen recogidos en el artículo 147 y el poder adjudicador los deberá haber redactado con anterioridad en el pliego de las cláusulas administrativas particulares. Se podrán referir a diversas proposiciones que enumera el artículo entre las que encontramos requisitos relativos a criterios sociales. Por ejemplo, proposiciones presentadas por empresas que tengan un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que la normativa imponga. Sin embargo, entre la lista de proposiciones del artículo 147 no encontramos ninguno que haga referencia a materia ambiental.

Como novedad de la Directiva 2014/24 los criterios de adjudicación pueden tener en consideración el coste del ciclo vida. La definición de ciclo de vida se describe en la nueva normativa como *«todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización»*.

Según LÓPEZ TOLEDO (2014: 24), esta noción pretende incluir todos los costes que se pueden generar a lo largo de la vida útil de las obras, suministros o servicios de adquisición. Dentro de estos costes también pueden incluirse los atribuidos a factores medioambientales externos, tales como la contaminación provocada por la extracción de las materias primas utilizadas en el producto o la causada por el propio producto o por su fabricación, siempre que puedan cuantificarse en términos monetarios y ser objeto de seguimiento. Los métodos utilizados por los poderes adjudicadores para evaluar los

costes atribuidos a factores medioambientales externos deben establecerse previamente de manera objetiva y no discriminatoria y ser accesibles a todas las partes interesadas.

El cálculo del coste del ciclo vida se regula en el artículo 148 LCSP. Este cálculo engloba los costes sufragados tanto por el órgano de contratación como por otros usuarios, estos costes son los de utilización como el consumo de energía, de mantenimiento, de final de vida como los costes de recogida y reciclado, y coste relativo a la adquisición. También se toman en consideración los costes imputados a cualquier externalidad ambiental vinculada al objeto del contrato, como es, por ejemplo, el coste de emisiones de gases de efecto invernadero.

La Comisión Europea recomienda que para calcular un buen coste ciclo de vida hay que atender a tres parámetros que son la duración de la vida del producto, ya que la frecuencia con la que el producto debe renovarse va a afectar a largo plazo a la Administración. A su vez, hay que tener en cuenta la tasa de descuento en la cual se valoran los costes en el futuro tendrán un valor inferior y con el dato que obtienen, calculan el valor actual neto. Este es útil para comparar los costes del ciclo vida. Por último, se atenderán a la disponibilidad y fiabilidad de los datos.

Para facilitar este cálculo la Comisión Europea ha creado algunas herramientas muy útiles e interesantes. En su página web oficial sobre contratación pública verde proporciona una serie de enlaces. Por ejemplo, la calculadora de la comisión europea sobre contratación pública verde o el método común de la Comisión Europea para el cálculo del coste del ciclo vida en la construcción.

Una vez el poder adjudicador ha obtenido el coste final, podrá observar un potencial ahorro a largo o corto plazo. ALONSO GARCÍA (2018: 2798) indica que la consideración del coste del ciclo vida puede revelar que la opción más sostenible puede ser a su vez la más barata, ya que las opciones ecológicas no tienen por qué ser siempre las más caras si se valora en conjunto el coste global del producto.

Con la inclusión del coste del ciclo vida en los criterios de adjudicación, MIRANZO DÍAZ (2017: 29) considera que los poderes públicos cuentan con un margen de maniobra más amplio a la hora de incluir aspectos medioambientales en la evaluación de las ofertas, lo que supone un claro paso adelante una contratación pública verde más eficiente.

Como ya hemos podido observar, el órgano contratante utiliza los criterios de adjudicación para valorar las ofertas y elegir de entre ellas la que ofrezca la mejor relación calidad-precio. Es en este punto, cuando ya se han evaluado los costes de las

ofertas, donde aparecen las ofertas anormalmente bajas en relación con las demás o con el coste del suministro, obra o servicio. Desde el punto de vista de la contratación pública ecológica, este tipo de ofertas plantean inseguridades. Se puede considerar que los licitadores han incumplido la legislación ambiental para poder obtener un precio más bajo al del resto o se podría dudar de la viabilidad de esta oferta.

Cuando se plantean este tipo de ofertas, según el artículo 149 LCSP, los poderes adjudicadores tienen la obligación de pedir un justificante a la empresa licitadora que explique la razón de su bajo coste. La Comisión Europea nos explica en su Manual de Adquisiciones ecológicas que de esta forma las ofertas anormalmente bajas pueden quedar justificadas por razones legítimas o por la disposición de una serie de condiciones inusualmente favorables.

No obstante, hay unos determinados casos en los que el órgano de contratación no va a admitir el justificante de la empresa licitadora. Este hecho supone una novedad en la nueva LCSP, el artículo 149 establece que en caso de que la administración contratante compruebe que las ofertas han vulnerado la normativa de subcontratación o no cumplen con las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional; supone la exclusión de forma inmediata del proceso sin posibilidad de aportar justificante.

Finalmente, tras valorar las ofertas y descartar las anormalmente bajas, el poder adjudicador seleccionará una de entre todas las que han participado en el proceso.

2.4 Cuarta fase: ejecución del contrato

Una vez valoradas las ofertas presentadas por los licitadores en base a los criterios de adjudicación, el poder adjudicador será el encargado de elegir cuál de todas ellas ofrece la mejor relación calidad-precio y resulte más apropiada para el contrato. Posteriormente, según el artículo 151 LCSP, la Administración contratante redactará la resolución de adjudicación, la cual debe estar motivada, y se le notificará al adjudicatario y al resto de los licitadores. De esta forma, el poder adjudicador entra a la cuarta y última fase del proceso de licitación, la de ejecución del contrato. Durante esta

fase se llevará a cabo el cumplimiento del contrato y las obligaciones fijadas en los pliegos.⁴

En esta etapa nos encontramos con las condiciones especiales de ejecución del contrato, reguladas en el artículo 70 de la Directiva 2014/24 y el artículo 202 LCSP. La función que cumplen es la de especificar el modo en el que deben ejecutarse las prestaciones que ofrecen los contratos. Según el artículo 202, dichas condiciones podrán ser introducidas a elección del órgano de contratación, siempre que; estén vinculadas al objeto del contrato, no supongan una discriminación directa o indirecta para la empresa licitadora, sean compatibles con el derecho de la unión europea y aparezcan indicadas con anterioridad en los pliegos y el anuncio de licitación.

Las condiciones especiales de ejecución podrán estar relacionadas con diversos aspectos del contrato, en especial con circunstancias económicas como la innovación o de tipo social o ambiental. Aquellas condiciones relacionadas con materia ambiental pueden perseguir algunos de los problemas medioambientales que plantea el propio artículo 202 en su segundo apartado. Estos pueden ser; la reducción de la emisión de gases invernadero, el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que pueden verse afectados por la ejecución del contrato, una gestión del agua más eficiente, la promoción del uso de energías renovables o el uso de productos reutilizables.

LOBO RODRIGO (2016: 98-99) nos explica que una parte de la doctrina no está a favor de aquellas condiciones especiales que son de tipo ambiental. Consideran que no es necesario que estén vinculadas al objeto del contrato, puesto que, si están vinculadas, deberían tener la consideración de criterios de adjudicación y no de condiciones de ejecución.

El artículo 201 LCSP exige a los órganos de contratación el control del cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral. Según las palabras de SANZ RUBIALES (2018: 76), esta exigencia conlleva un control activo que tiene lugar no solo en la fase de ejecución, sino a lo largo de todo el proceso de licitación. La atribución legal de la potestad de policía es independiente de las cláusulas del contrato. Por tanto, no estamos solo ante un control de la atribución del cumplimiento de la prestación pactada, sino ante potestades otorgadas por ley, relativas al cumplimiento de la legalidad general ambiental. Este nuevo privilegio va más allá que la antigua ley de contratos. La razón de ello es que en la nueva ley se generaliza

⁴ Guías jurídicas Wolters Kluwer disponible en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

esta potestad. La Administración contratante ya no solo se encarga de controlar la obra o servicio que gestiona, sino que amplía su campo a todos los contratos públicos.

La supervisión legal no se trata únicamente de un privilegio, sino también de una potestad de ejercicio obligatorio. Esto se debe a que la Administración no solo está legitimada para supervisar la legalidad del contrato, sino que a su vez tiene la obligación de realizar esta función y además debe imponer las penalidades propias derivadas del incumplimiento de la prestación.

La exigencia del cumplimiento de las condiciones, según el artículo 202 LCSP, no se aplica únicamente a las empresas con las que se contrata la Administración, sino que además se extiende a los subcontratistas que también participen en el contrato, lo que significa que estas penalidades también les serán aplicables.

SANZ RUBIALES (2018: 78) hace una crítica por considerar incoherente el hecho de que los órganos encargados de la supervisión en la ejecución de la legalidad objetiva sean los propios órganos que contratan.

Se trata de un error en la transposición de la antigua Directiva 2004/14 donde establecía en su artículo 18 lo siguiente:

«Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.»

De este artículo se desprende que son el Estado y los poderes adjudicadores, y no el órgano de contratación, los encargados de garantizar que los operadores económicos cumplen con la normativa ambiental. Sin embargo, Los órganos de contratación mantendrían sus funciones durante el proceso de licitación

Desde el punto de vista de la Comisión Europea en su Manual de Adquisiciones ecológicas, para la contratación pública verde puede tener gran importancia las modificaciones en el contrato. Dichas modificaciones pueden tener como finalidad, por ejemplo, obtener un servicio u obra más eficiente que el inicial o se podría incluir una disposición para realizar pagos adicionales en caso de que se reduzca el volumen de residuos. Sin embargo, en la nueva LCSP se ha restringido la posibilidad de ejercer el

ius variandi, de manera que solo se permiten cambios en el contrato cuando este avalado por las causas que comprenden el artículo 203 y siguientes. No obstante, entre estas causas no encontramos ninguna que sea sobre materia ambiental.

3. Conclusión

Gracias al trabajo que he realizado puedo concluir que la contratación pública tiene una importancia vital en la actualidad.

La Unión Europea, desde hace años, viene apostando por una contratación pública más ecológica, como instrumento estratégico para lograr un nivel alto de protección medioambiental; y este criterio se ha consolidado a lo largo del tiempo. Para lograrlo, las nuevas Directivas de contratación pública han definido un marco jurídico muy amplio, con la finalidad de que los órganos de contratación nacionales puedan incluir la perspectiva medioambiental dentro de sus contratos. En dichas directivas podemos observar la influencia de la Estrategia de Europa 2020, que ha marcado nuevos objetivos a lograr.

Considero positiva la aplicación de criterios ambientales en todas las fases del contrato y la novedosa introducción del coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación cuando se vaya a contratar una obra, producto o servicio. Gracias a dicho concepto, la Administración podrá conocer la repercusión futura del coste del objeto del contrato, y no solo su precio actual. De esta manera, se ha proporcionado a los órganos de contratación un gran potencial para adquirir sus obras, bienes o servicios teniendo en cuenta la eficiencia, la sostenibilidad y la innovación ecológica en todas las etapas del procedimiento de contratación y en la ejecución del contrato.

El legislador español, ha transpuesto las Directivas a nuestro derecho y, de esta manera, se han concebido nuevas técnicas que contribuyen a alcanzar una contratación pública ecológica más eficiente. Por ejemplo, con la nueva LCSP se permite la posibilidad de rechazar aquellas ofertas que sean anormalmente bajas si tras realizar un procedimiento contradictorio en el que se consulta al licitador, se constata que el motivo de esa oferta anormalmente baja es el incumplimiento de la normativa ambiental.

Considero que la LCSP, que ha entrado en vigor recientemente, podría haber establecido más mecanismos para asegurar que las empresas con las que contrata sean

rigurosas, tanto en materia medioambiental como social. Dicha norma ofrece diversos mecanismos para introducir criterios medioambientales y sociales en el procedimiento de contratación, pero la aplicación efectiva depende del grado de concienciación y formación de los entes contratantes, que no siempre exigen y controlan el cumplimiento de lo pactado, de manera que la eficacia del cambio legal quedará relegada, una vez más, a la aplicación de la norma por los órganos de contratación. Por este motivo, resulta esencial no sólo el control de los pliegos del contrato, sino también de su ejecución.

Por tanto y en conclusión, considero que el trabajo que han realizado en esta materia tanto la Unión Europea como el legislador español es positivo pero deben continuar regulando, dirigiendo y fomentando criterios medioambientales y sociales, en la contratación pública, ya que todas las Administraciones Públicas, y especialmente la Administración General del Estado y las Administraciones Autonómicas, manejan presupuestos inmensos y de fondos públicos que deben ser gestionados de forma eficiente y sostenible. Con una gestión basada en los principios de la Unión Europea y proyectada a conseguir los objetivos de la compra pública estratégica, se logrará, efectivamente, una mejor protección del medio ambiente.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO GARCÍA, María Consuelo (2018): “Contratación pública ecológica”, en Gamero Casado Eduardo y Gallego Córcoles Isabel (Dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Libro III, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 2754-2805.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2017): “La integración de las cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, en *revista D.A. Nueva Época*, nº4, pp. 92-113
- GIMENO FELIU, José María (2013): “Compra pública estratégica”, en Pernas García, José (Dir.), *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 45-79
- GÓMEZ RUIZ, Manuel (2015): *Aspectos sociales y ambientales en la contratación pública ecológica*, Cádiz, Tesis Doctoral 473 pp.
- GÓMEZ RUIZ, Manuel (2016): *Incorporación de criterios ambientales en los procesos de compra de la Administración Local. Aspectos legales*, Cádiz, Documento de trabajo del Proyecto Green Project disponible en: <http://greenproject.eu>, 49 pp.
- LOBO RODRIGO, Ángel (2016): “Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública tras la aprobación de la Directiva 2014/24” en Hernández González, Francisco L (Dir.): *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 73-94.
- LOPEZ TOLEDO, Purificación (2014): “La protección del medio ambiente en el derecho comunitario de contratos públicos: perspectiva y situación actual”, en *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, nº 7, 32 pp.
- MIRANZO DÍAZ, Javier (2016): “Hacia una administración pública sostenible: novedades en la legislación europea de contratación pública”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 64, 40 pp.
- PERNAS GARCÍA, J. José (2011): *Contratación pública verde*, 1º ed. Las Rozas Madrid, LA LEY, 316 pp.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2017): “La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente «comprador» al Estado «ordenador»”, en *Revista de Administración Pública*, nº 205, pp. 49-80.

